Federico Nania

Le origini della "freedom of trade" in Inghilterra e la lotta contro i regi monopoli

On the origin of "freedom of trade" and the struggle against royal monopolies in England

The aim of this essay is to stress the relevance of the struggle against royal monopolies in England between XVI and XVII centuries both on the subject of protection of freedom and on that of the affirmation of the sovereignty of Parliament. The figure and the constitutional theory of Sir Edward Coke were crucial in limiting Crown's power in order to pursue freedom of trade and right to work; the great Chief Justice conducted - in some important cases on which the essay is focused – a battle against the royal prerogative of granting monopolies in the name of the common law, meant by Coke as a rule of reason higher than every other source of law. Though the passage to parliamentary sovereignty seems to put Coke's hypothesis of a controlling common law aside, the rule of law principle, as first elaborated by Dicey, does not deny the fundamental role of the courts, especially in protecting rights, as evidenced also by some recent developments of British constitutional system.
Keywords: common law; rule of reason; competition law; freedom of trade; rule of law.

1. La questione dei monopoli nel quadro delle trasformazioni economico-sociali dell'Isola

La questione dei "monopoli" nell'Inghilterra tra XVI e XVII secolo rappresenta un passaggio cruciale non solo sotto il profilo dello sviluppo dei rapporti economici e dell'assetto del mercato, ma anche per quanto riguarda l'evoluzione del sistema giuridico dell'Isola e la maturazione dei tratti di carattere costituzionale che maggiormente identificano tale esperienza.

Ci si vuole riferire anzitutto al ruolo assunto dalle Corti nel sistema britannico a partire dalla enucleazione in sede interpretativa dei principi di common law in grado di contenere prima il potere della Corona e successivamente, come è inevitabile che accada per principi di grado sostanzialmente costituzionale scritti o meno che siano, capaci di imporsi a qualunque detentore del potere politico anche di tipo rappresentativo, in modo da assicurare comunque adeguata tutela alle libertà del cittadino.

ISSN 1720-4313
© Società editrice il Mulino

Questa considerazione già di per sé vale a sfatare quell'idea per cui nella evoluzione della forma di governo inglese i poteri sovrani si siano trasferiti nella loro originaria assolutezza in capo al Parlamento inglese, e che la incondizionata onnipotenza di quest'ultimo sia divenuta, secondo la nota immagine di De Lolme[1], addirittura l'aspetto dominante del sistema di governo britannico; proprio in sede di riflessione sulla questione monopolistica si è aperto un importante spazio per la giurisprudenza nell'applicazione dei principi essenziali della common law e del canone della "ragione" che vi è ritenuto intrinseco, spazio questo che a ben vedere resterà disponibile anche nella teorica della *rule of law* che si accompagna alla sopravvenuta nozione di supremazia parlamentare[2].

Per comprendere quanto decisivo sia stato il ruolo delle Corti nell'esperienza costituzionale inglese basti ricordare che già a partire dal XIII secolo, sotto il regno di Enrico III, la *English law* venne ad assumere le caratteristiche di una vera e propria *case law* basata sul rispetto del precedente (o *stare decisis*); a tale riguardo ha sottolineato Maitland che il regno di Enrico III può essere considerato la «*golden age of judge-made law*», vista soprattutto l'ampia libertà lasciata ai giudici «*not hampered by many statutes or by the jealousy of a parliament which will neither amend the law nor suffer others to amend it*»[3].

Peraltro la stessa locuzione *common law* nasce allo scopo di indicare un certo tipo di diritto la cui forza giuridica prescinde dal suo *enactment* e che pertanto resta ben distinto dagli *statutes* e dalle *ordinances* del Sovrano; la common law in questo senso «*is in theory traditional law – that which has always been law and still is law, in so far as it has not be overridden by statute or ordinance*»[4].

Tale caratteristica della common law farà in modo che almeno a partire dal XIII secolo la conoscenza di un siffatto diritto – coacervo di tradizioni, principi e consuetudini – sarà intesa come prerogativa pressoché esclusiva del ceto dei *common lawyers.*

[1] Ci si riferisce alla celebre frase: «*it is a fundamental principle whit English lawyers, that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman*», riportata da A.V. Dicey, *Introduction to the study of Law of the Constitution*, Liberty Fund, 1982, p. 89.

[2] A riguardo è stato osservato da Paolo Ridola che «la forza della *rule of law*, come strumento di protezione dei diritti nell'ordinamento inglese, non può essere ricondotta esclusivamente alla supremazia di un diritto soggetto soltanto a modifiche deliberate dal potere legislativo, ma deriva anzitutto dalla supremazia del diritto così come amministrato dalle Corti di giustizia, di un diritto pertanto del quale *statute law* e *case law* sono parti integranti e complementari»; cfr. P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania e P. Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 123.

[3] F.W. Maitland, *Constitutional History of England*, Cambridge, 1919, p. 18.

[4] F.W. Maitland, *ibidem*, p. 23.

In definitiva, l'elaborazione della common law si è tradotta nella ricerca di limiti al potere sovrano che pretendesse di essere assoluto e *legibus solutus*, mettendo capo allo schema della *legal*, o *common law*, *constitution*. A quest'ultimo proposito, basti ricordare che già alla fine del 1200 il giudice Bracton, che grande influenza avrà sugli sviluppi del pensiero politico costituzionale inglese, formulava la celebre massima «*Ipse autem Rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege, quia lex facet regem*», e ciò appunto per sottolineare come il potere del *Rex* fosse dotato di legittimità solo se a sua volta riconosciuto da una "legge" posta in posizione di superiorità e come tale idonea a fondare e allo stesso tempo a circoscrivere il potere medesimo. Tale legge superiore non è peraltro individuata, come nel sistema di diritto romano di cui Bracton è grande conoscitore, nella *Roman lex* come prodotto di organi predisposti alla creazione del diritto; questa *lex* è piuttosto concepita come un «*common engagement of the republic*», la cui coincidenza con l'*ancient costume* vale a distinguerlo nettamente dal *legislative enactment*.

Nella stessa prospettiva si muove McIlwain quando osserva che «*the principal background of our modern constitutionalism is to be found in the common law*», dal momento che su questo terreno prendono avvio le esigenze di definizione e di tutela dei diritti degli individui, mentre solo secondariamente esse vivevano «*in the parliament which maintained them*»[5].

Come si diceva, muovendo da queste premesse, le Corti hanno svolto un ruolo cruciale nell'enucleare in sede applicativa quei fondamentali principi di common law chiamati a contenere il potere della Corona, così da assicurare comunque un'adeguata tutela alle libertà del cittadino inglese. Nondimeno, non sarebbe fondato ritenere che soltanto i giudici si siano proposti quali depositari e custodi della tradizione, e tanto meno lo sarebbe immaginare che ad essi sia stato subito riconosciuta una competenza esclusiva in materia. Ha osservato McIlwain che «nella contesa tra *jurisdictio* e *gubernaculum*, che prese avvio negli ultimi anni del regno di Elisabetta e continuò a svilupparsi sempre più apertamente sotto i suoi successori, ciascuna delle parti in causa rivendicava i suoi diritti in quanto "ereditati": in particolare, lo stesso monarca affermava la intangibilità delle sue prerogative appellandosi all'*ancient common law*, tanto che Giacomo I, a conferma dei diritti della Corona come diritti ereditari, si appellava ad un insieme di leggi che "non erano adatte alla lingua di un giurista" e

[5] C.H. McIlwain, *The English Common Law, Barrier Against Absolutism*, in *The American Historical Review*, vol. 49, No. 1 (Oct. 1943), pp. 23-31.

sfuggivano quindi alla disponibilità della stessa Alta Corte del Parlamento, restando essa pur sempre "una corte giudiziaria subalterna"»[6].

È però largamente acquisito che il ruolo giocato dalle Corti risulta particolarmente tangibile se si ripercorre il processo di affermazione delle libertà economiche a partire dal XVI secolo, potendosi affermare al riguardo che sul terreno di cui si parla l'attivismo dei giudici inglesi ha fatto assumere loro la vera e propria "rappresentanza" di quelle istanze di rinnovamento che provenivano dai settori più dinamici della società inglese, all'insegna del superamento dei vincoli medievali e di emancipazione della capacità di iniziativa e di lavoro dei singoli, propiziando in tal modo l'avvento di un nuovo modo di produzione che, non a caso, in Inghilterra ha ampiamente preceduto le analoghe trasformazioni avvenute nei paesi dell'Europa continentale soltanto nel corso dell'ottocento.

Pertanto, si può affermare che, in forza di questo rapporto dialettico, le Corti hanno contribuito alla elaborazione di una sorta di "costituzione economica", che ha portato a radicare saldamente nella common law anche le libertà economiche, conducendo in tal modo al suo necessario compimento il disegno di tutela delle libertà del cittadino avviato dal riconoscimento della libertà dagli arresti con la garanzia dell'*habeas corpus*.

Come largamente noto, in questo quadro storico assume particolare risalto il contributo di Sir Edward Coke al riconoscimento delle libertà economiche in opposizione, oltre che ai vincoli corporativi, agli stessi monopoli concessi dalla Corona. Un contributo che al di là delle fattispecie di volta in volta considerate e delle specifiche soluzioni adottate per i singoli *cases*, ha concorso ad imprimere al sistema giuridico di common law quelle modalità di funzionamento che a tutt'oggi sembrano differenziarlo dagli ordinamenti dell'Europa continentale[7].

[6] C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di Vittorio De Caprariis, trad. it. Venezia, Neri Pozza Editore, 1956, p. 122.

[7] Non è possibile qui soffermarsi sul processo di avvicinamento tra sistemi di common law e sistemi di civil law che sarebbe in qualche misura oggi riscontrabile. Il tema è stato affrontato in dottrina con particolare riferimento alla sempre maggiore importanza rivestita dalla giurisprudenza nei sistemi di civil law; cfr. tra i molti M.G. Losano, secondo il quale «il common law sta conoscendo un estendersi degli statutes e delle consolidations a scapito del puro"judge-made law", mentre la giurisprudenza va assumendo importanza crescente in molti paesi di civil law» (*I grandi sistemi giuridici*, Milano, 1978, p. 15); nella dottrina italiana più recente cfr. L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, 2017, p. 16, dove si individua un «percorso di ibridazione avviato da tempo tra i modelli di civil law e di common law». Nella dottrina straniera cfr. M. Reimann, *Beyond Nations Systems: A Comparative Law for the International Age*, in 75 *Tul. L. Rev.*, 2000-2001, pp. 1103 ss.; H. Muir Watt, *Globalization and comparative law*, Oxford, 2006, p. 591. Può solo accennarsi all'ulteriore questione per cui tale processo di contaminazione tra ordinamenti, unito ad una sempre maggiore "fluidità" del diritto, sarebbe addirittura in grado, secondo alcuni, di spingere verso la realizzazione di un «"diritto globale", peraltro ancora incerto, quale componente di una serie di processi di *governance*, che si pongono fuori dal

Basta quanto detto per confermare l'interesse che presenta tornare alle origini della vicenda inglese riguardante le libertà economiche, dando conto nel loro insieme delle grandi decisioni giudiziarie che hanno segnato questo processo di assestamento del sistema giuridico costituzionale dell'Isola.

Volendo spiegare in maniera necessariamente sintetica le ragioni materiali che hanno determinato oltre manica la centralità della questione monopolistica e l'anticipata elaborazione al riguardo da parte delle Corti, si possono prendere le mosse da quanto osservato da Barrington Moore nel volume su *Le origini sociali della dittatura e della democrazia* in ordine alla situazione inglese dell'epoca; in particolare laddove si nota che in Inghilterra «il commercio, sia nelle città che nelle campagne, si sviluppò durante il sedicesimo e diciassettesimo secolo principalmente, se non interamente, in opposizione alla corona»[8].

Al di là delle specifiche riprove fornite allo scopo di confortare questa ricostruzione storica (tra cui il boom dei prezzi della terra registrato nel 1580, la crescita altrettanto impetuosa dei fitti annui, lo sviluppo delle "recinzioni" in agricoltura con la conseguente rimozione dei diritti comuni della popolazione), la conclusione è nel senso che gli appartenenti alla classe contadina guardavano alla tradizione feudale «come alla diga che poteva difenderli dalla marea montante del capitalismo, dal quale essi difficilmente erano in posizione tale da potere trarre profitto»: un'aspettativa che trovava udienza presso la Corona che difatti si schierò a favore dei ceti che si opponevano alle recinzioni.

All'opposto, gli uomini dediti al commercio intendevano modernizzare la società per cui, diversamente da quanto accadeva in Francia, essi facevano assegnamento soltanto sulle loro forze e sulla loro intraprendenza, e nessuna protezione chiedevano alla Monarchia: «a volte certo alcuni di essi furono ben lieti di cooperare con la Corona poiché vi erano lauti guadagni da fare. Ma specialmente via via che si approssimava la guerra civile, i cittadini più ricchi si rivoltarono contro i monopoli regi se non in quanto costituivano un ostacolo alla produzione, almeno perché ostacolavano le loro ambizioni»[9].

dominio e finanche dal controllo dello stato», di cui il principio della *rule of law*, come sviluppatosi nell'esperienza britannica con la sua pluralità di fonti produttive del diritto, costituirebbe non solo l'antecedente ma anche il paradigma meglio adattabile (cfr. G. Palombella, *È possibile una legalità globale?, Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 67 ss.).

[8] Barrington Moore JR., *Le origini sociali della dittatura e della democrazia*, trad. it., Torino, 1969, p. 10.

[9] Barrington Moore JR., *op. ult. cit.*, p. 15.

Si spiega dunque il perché dello scontro apertosi all'epoca degli Stuart tra i diritti dell'individuo, reclamati dalla *gentry*, e l'autorità regia che ancora accampava la sua legittimazione religiosa: scontro destinato a sfociare, sotto la spinta radicale di Cromwell, nel definitivo superamento dell'*Ancien Regime* e nell'insorgere di nuovi modelli istituzionali (un esito questo quasi sintetizzato crudamente dalla decapitazione di Carlo I), la cui prima conseguenza è stata, nel luglio del 1641, l'abolizione da parte del Lungo Parlamento della Camera Stellata di cui si era servito il Re per avversare la politica delle recinzioni.

Sempre nella ricostruzione di Barrington Moore, coincidente con la raffigurazione data a suo tempo da Hobbes della guerra civile inglese e delle sue ragioni mercantili e fiscali, il risultato finale di questo percorso «fu una vittoria gigantesca anche se ancora incompleta dell'alleanza tra la democrazia parlamentare e il capitalismo, in tal modo sconfiggendo l'autorità di diritto divino in politica e la produzione per il consumo, non per il profitto, in economia»[10]. Il che ha assicurato che il processo di sviluppo della società inglese nei secoli successivi avvenisse in modo pacifico in forza della nuova forma di governo parlamentare incentrata su di un organo rappresentativo pienamente compenetrato con la "mentalità mercantile". Nel medesimo senso la ricostruzione di un altro autorevole studioso della storia costituzionale britannica, Burton Adams, il quale nota come in Inghilterra, ancor prima della diffusione delle teorie economiche di Adam Smith, «l'individualismo economico germogliò principalmente in seno alla borghesia», facendo sì che «gruppi di inglesi sparsi per le campagne cominciarono a vivere accettando l'interesse personale e la libertà economica come la base naturale della società umana»; senza peraltro trascurare il ruolo dei proprietari terrieri «i quali recingevano le terre prima della guerra civile» e che «hanno fornito a queste dottrine sovversive un terreno di cultura per lo meno altrettanto importante» rispetto a quello della classe borghese, dedita principalmente alle attività commerciali[11].

In termini analoghi è la posizione di Max Weber, sebbene con particolare accentuazione dell'incidenza del fattore religioso (cui accede anche

[10] Barrington Moore JR., *op. cit.*, p. 34; su questi antecedenti della "Rivoluzione Industriale", confronta anche E.J. Hobsbawn, *Le rivoluzioni borghesi*, trad. it., Milano, 1962, il quale osserva che «nessuna società precedente era stata capace di strappare il freno imposto alla produzione da una struttura sociale pre-industriale, da una scienza e da una tecnica deficienti e dalle conseguenti periodiche sconfitte, carestie e mortalità»; si rinvia allo stesso Autore anche per il dibattito relativo alla esatta datazione della Rivoluzione industriale e dei suoi segni precursori.

[11] G. Burton Adams, *Constitutional History of England*, London, 1971, pp. 265 ss.

la visione di Cristopher Hill con riferimento al ruolo svolto dai *Levellers*[12]), quando mette in evidenza come la lotta per il primato parlamentare abbia conciso in Inghilterra con l'opposizione al "mercantilismo cetual-monopolistico" fatto proprio dall'assolutismo degli Stuart[13]. Sottolinea a questo proposito Max Weber che «la loro lotta contro il Re fu posta per decenni sotto la parola d'ordine "contro i monopoli!" che venivano nel frattempo concessi in parte a stranieri in parte a uomini di corte, mentre le colonie spettavano ai favoriti del Re. Il piccolo ceto degli imprenditori che nel frattempo si era accresciuto, soprattutto all'interno delle corporazioni, ma in parte anche all'esterno, si volgeva contro l'economia di monopolio della monarchia, e il Lungo Parlamento decretò l'ineleggibilità dei monopolisti. L'ostinazione estrema con cui la sensibilità economica del popolo inglese ha opposto resistenza a tutti i cartelli e monopoli si è espressa in queste lotte dei puritani»[14].

Tra i nostri giuristi, Costantino Mortati propone una ricostruzione non dissimile delle ragioni economico sociali che hanno sollecitato l'evoluzione della forma di governo inglese in senso parlamentare, in particolare richiamando le tappe di rilievo costituzionale che hanno segnato l'affermarsi della *supremacy of Parliament*: il Bill of Rights del 1689, l'Act of Settlement del 1701[15], e soprattutto il Septennial Act del 1715, considerata l'importanza che ha avuto in siffatto processo di affermazione del ruolo del Parlamento lo stesso prolungamento della sua durata massima da tre a sette anni, ciò che gli ha consentito «di seguire organicamente lo svolgimento dell'indirizzo politico e di influire su di esso in modo determinante»[16].

[12] C. Hill, *The century of revolution*, London, 1975, pp. 118-120 e pp. 138-139; nota in particolare Hill che i *Levellers* assunsero il ruolo di"*spearhead of this attack*" contro le *privilegd trading companies*, reclamando «*freedom from all restrictions on competitive production and sale, and the right of the small producer to dispense with the middleman, who took much of the profit*» (p. 138). Sul ruolo dei *Levellers* nella storia inglese cfr. anche C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese,* trad. it., Milano 1973, pp. 133 ss.

[13] Osserva in particolare l'Autore che «nella prassi il mercantilismo degli Stuart era prevalentemente orientato in senso fiscale, in quanto tutte le nuove industrie potevano importare solo in forza delle concessioni reali di monopolio e dovevano restare durevolmente sotto il controllo e lo sfruttamento fiscale del Re»; cfr. M. Weber, *Economia e società*, trad. it. a cura di Pietro Rossi, Milano, Edizioni di Comunità, 1980, pp. 90-91.

[14] M. Weber, *ibidem.*

[15] Con riferimento all'Act of Settlement ha notato Torre che la Glorious Revolution di fine Seicento produsse non solo «la riconferma delle libertà individuali e l'affermazione dell'autorità del Parlamento» ma consacrò «l'autonomia della giurisdizione rispetto al potere politico»; cfr. A. Torre, *Magistratura e potere dello Stato: antiche e moderne esperienze britanniche*, in S. Gambino (cur.), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, p. 304.

[16] C. Mortati, *Le forme di governo, Lezioni*, Padova, Cedam, 1978, pp. 96 ss., in part. pp. 110 e 111.

Alla luce di quanto svolto, si può dire sin d'ora che l'attivismo dei giudici inglesi volto all'affermazione delle libertà economiche, che diventeranno veri pilastri dell'economia di mercato e con essa legate in modo indissolubile, non deriva da astratti postulati teorici, ma dalla volontà di corrispondere, almeno nella misura che era loro all'epoca consentita (non si dimentichi che l'inamovibilità dei giudici venne sancita solo nel 1701 dal già citato Act of Settlement), a questi cambiamenti dell'assetto economico e della mentalità dei settori più dinamici della società inglese.

Si tratta quindi dell'assunzione di un ruolo di "rappresentanza" di tali istanze di rinnovamento che soltanto in un secondo tempo, una volta compiuta la definitiva trasformazione della forma di governo inglese, sembrerà spostarsi sull'organo parlamentare, ma che lascerà la sua impronta, sotto il profilo della tutela dei principi fondamentali della common law ad opera delle Corti, nonostante il mutamento del quadro istituzionale.

2. La giurisprudenza Coke e la tutela della libertà di commercio nella common law

Venendo ora ad un esame più circostanziato delle modalità con cui le Corti inglesi hanno potuto addivenire alla affermazione in via empirica delle libertà economiche, è bene precisare che in epoca medievale il termine "*monopoly*" stava ad indicare due diversi fenomeni: da un lato, veniva utilizzato per riferirsi ai cosiddetti *private monopolies* che si realizzavano mediante negozi tra soggetti privati volti a restringere la concorrenza o comunque ad alterare il funzionamento del mercato, ovvero per alludere alle pratiche di *forestalling* ed *engrossing*[17]; dall'altro lato, il termine stava ad indicare quei *trade privileges* concessi dalla Corona in virtù dei *royal grants of monopolies*.

È utile ricordare ancora che soltanto con la Regina Elisabetta I venne conferito alle Corti di common law il potere di giudicare i casi riguardanti

[17] La definizione dei termini di *forestalling* ed *engrossing* nella common law inglese si ricava già dagli Statuti di Edoardo VI entrati in vigore nel 1552; in particolare fu poi Blackstone nei suoi Commentari a chiarire il significato di tali comportamenti contrari alla common law: per *forestalling* si intendono un serie di pratiche commerciali scorrette ed in particolare: «*the buying or contracting for any merchandise or victual coming in the way of the market; or dissuading persons from bringing their goods or provisions there; or persuading them to enhance the price, when there; any of which practices make the market dearer to the fair trader*». Con il termine *engrossing* si identificano alcune modalità illecite poste in essere al fine di falsare il prezzo dei prodotti sul mercato come ad esempio «*the getting into one's possession, or buying up, large quantities of corn, or other dead victuals, with intent to sell them again. This must of course be injurious to the public, by putting it in the power of one or two rich men to raise the price of provisions at their own discretion*».

i monopoli reali, che fino a quel momento erano stati decisi dalla *Star Chamber* e dal *Privy Council*; mentre i casi riguardanti i *private monopolies* rientravano già nella competenza delle Corti ordinarie le quali pertanto avevano avuto modo di delineare al riguardo taluni orientamenti interpretativi cui, come dopo si vedrà, non si mancherà di attingere quando ci si dovrà cimentare con la questione, ben più impegnativa per le implicazioni immediatamente politiche che vi erano sottese, della legittimità dei monopoli reali rispetto ai principi della common law.

Ciò detto, non può dunque sorprendere che si possa reperire un remoto *founding precedent* in materia di elaborazione della *doctrine of restraint of trade* risalente al 1414 (si tratta del *Dyers's case*, riguardante un contratto di non concorrenza stipulato da soggetti privati[18]): ossia in una fase storica nella quale è ancora forte la tenuta del sistema feudale e la common law viene piuttosto dedotta per legittimare i privilegi concessi dal potere reale (in particolare a *guilds*, *patents* e *chartered companies*).

Occorre attendere la fine del XVI secolo perché inizi a farsi strada, pur con tutte le cautele del caso, l'idea che la common law non possa essere chiamata ad avallare le posizioni monopolistiche, indipendentemente dal fatto che esse siano manifestazione di autonomia privata oppure di derivazione dall'esercizio dei poteri sovrani. Può dunque condividersi solo in parte l'assunto per cui fosse già rinvenibile nella Magna Carta un generale ed esplicito divieto di tutti i monopoli, compresi quelli concessi dal Sovrano[19].

Piuttosto si tratta di un processo che affonda si le sue radici nella tradizione della common law, compresi i postulati seppure generali della Magna Carta, ma che si snoda attraverso varie tappe prima di giungere a compimento.

Segnano l'avvio di questo percorso le sentenze di Coke a cavallo tra 1500 e 1600, dove viene affermata l'esistenza di un risalente principio di common law posto a tutela della libertà economica e di commercio ravvisato non solo nei postulati (ancorché impliciti) della Magna Carta nonché negli *statutes* comparsi durante il regno di Edward VI, ma anche nelle decisioni giudiziali del trecento e del quattrocento in precedenza evocate.

[18] Nel caso *Dyer* il convenuto aveva stipulato un'obbligazione con l'attore in virtù della quale si era obbligato a non esercitare il suo commercio nella stessa città per un periodo di sei mesi. Della sentenza è rimasta famosa la perentoria affermazione del giudice Hull J., il quale dichiarò nullo l'accordo dimostrandosi addirittura indignato nei confronti delle pretese dell'attore: «*per Dieu, if the plaintiff were here, he should go to prison till he had paid a fine to the King*».

[19] Di tale aviso Wilberforce, Campbell, Elles, *Restrictive trade practices and monopolies*, London, Sweet e Maxwell, 1966, p. 23, dove si osserva che «*legislation in England dating from the Magna Carta laid down that all monopolies without exception, even those granted by the King, were considered contrary to the law because they restricted the freedom of the individual*».

A tale riguardo, William Letwin[20] ha fatto osservare come il richiamo a questi precedenti non possa che apparire alquanto forzato, e troppo scopertamente strumentale a corroborare la tesi della preesistenza dei principi anti monopolistici caldeggiati dal medesimo Coke. Difatti, non solo in questi antichi precedenti non sarebbe neppure reperibile la parola *monopoly*, ma per di più le relative condanne erogate riguardano segnatamente il diverso caso dell'*engrossing*, ossia l'aumento arbitrario dei prezzi.

Si tratterebbe insomma, è ancora un'osservazione dell'autore sopra citato, più di «*an accident of contemporary politics rather than part of an already developed common law tradition against monopolies*», per cui in tali precedenti sarebbe impossibile leggere una chiara e compiuta *ratio* antimonopolistica in grado di estendersi oltre la fattispecie specifica e tanto meno suscettibile di investire anche i *royal monopolies.*

Rimane tuttavia l'importanza di queste antiche decisioni volte a stigmatizzare pratiche di carattere monopolistico rese possibili dalle *patents*, come quella di poter determinare arbitrariamente i prezzi, per quanto esse non potessero spingersi fino alla dichiarazione di nullità del *grant*, ciò che avrebbe comportato la negazione del *King's right to grant* in un periodo storico ancora prematuro[21].

D'altro canto, ben si comprende come Coke dovesse giocare l'argomento dei precedenti, atti a comprovare la invalidità delle *by-laws*[22], in modo da non discostarsi da quel canone del rispetto della tradizione e della continuità giurisprudenziale che è parte integrante dello spirito stesso della common law.

In questo quadro si spiega anche il fatto, sottolineato da Barbara Malament[23], che Coke non si attesti su di una linea di critica frontale e generale alle prerogative regie, all'evidente scopo di evitare qualunque impressione di una intenzionale volontà di rottura nei confronti delle strutture consolidate della common law.

La conferma di quanto detto la si trae dal caso *Davenant v Hurdis* della fine del 1500 dove si affronta la questione del controllo di tipo mo-

[20] Cfr. W. Letwin, *The english common law concerning monopolies*, in *University of Chicago Law Review*, 1954, pp. 356 ss.

[21] Cfr. W. Letwin, *ibidem*, p. 359, dove si osserva che «*there was as yet no basis at common law for holding a grant void because it created a monopoly*».

[22] Dove con il termine *by-laws* si fa riferimento ad un tipo di legislazione secondaria adottata dalle *guilds* al fine di regolare l'attività commerciale nel proprio settore.

[23] B. Malament, *The economic liberalism of Sir Edward Coke*, in *Law, Liberty, and Parliament, Selected essays on the writings of Sir Edward Coke*, edited by A.D. Boyer, Indianapolis, Liberty fund, 2004, p. 205.

nopolistico esercitato dalle *guilds*[24]; questione resa ancor più complessa dalle confliggenti pretese di esclusiva avanzate dalle varie *guilds* in conseguenza della maggiore articolazione delle attività commerciali e delle difficoltà sollevate per la loro assegnazione.

Vale la pena riportare alla mente, seppure per sommi capi, la vicenda da cui la decisione trae origine. Un tale Davenant, appartenente alla *Tailor's company* (*guild* del mercato dei tessuti), era stato raggiunto da una sanzione pecuniaria irrogata dalla *guild* di appartenenza, che lo accusava di non aver ottemperato all'obbligo di avvalersi soltanto dei lavoranti indicati dalla corporazione.

Il Davenant, nel rifiutare il pagamento della sanzione pecuniaria, proponeva a sua volta un'azione di *trespass* nei confronti della compagnia, mettendo in discussione la suddetta regola stabilita in via autonoma dalla *guild* di appartenenza.

Edward Coke, nella sua qualità di Attorney General, sostenne in giudizio le ragioni dell'attore deducendo che la regola imposta dalla *guild* fosse «*unreasonable and contrary to law*».

Le argomentazioni di Coke costituivano di fatto un atto di accusa nei confronti della *Tailor's company* e della posizione monopolistica nel settore considerato, che essa avrebbe progressivamente assunto mediante l'applicazione della regola contestata: regola che avrebbe reso insostenibile la posizione di coloro che avessero voluto commercializzare in via autonoma e che per conseguenza sarebbero stati estromessi dal mercato del *cloth-dressing*.

Per Coke, dunque, privare un *craftsman* del diritto di svolgere la sua attività commerciale «*was to deprive him of the liberty of the subject*», e per di più senza che queste organizzazioni potessero dirsi operanti *for the public good*; l'unico *public interest* nel caso in esame infatti non avrebbe

[24] Per una descrizione della evoluzione storica delle *guilds* cfr. Wilberforce, Campbell, Elles, *Restrictive trade practices and monopolies*, cit., p. 35; in particolare si sottolinea come caratteristica peculiare delle *guilds* proprio quella di essere «*monopolistic by nature*», essendo il loro scopo precipuo «*to eliminate competition at a time when supply exceeded demand, and their influence covered the whole field of industry and commerce*», nonché quella di rivestire una posizione di «*complete freedom from prosecution under the various statutes*». Si può ricordare che la prima *guild* formatasi nel Regno Unito fu la *Old Guild Merchant* la quale aveva lo scopo di regolare tramite proprie *by-laws* l'attuazione pratica del monopolio concesso dal *Royal Grant of Gilda Mercatoria* e di tutelare il commercio dei membri della *guild* dai mercanti stranieri e dagli altri mercanti non appartenenti alla *guild*. L'idea di una sola organizzazione con un *general monopoly* venne in seguito sostituita dalla creazione di separate organizzazioni rappresentative dei vari commerci e dei diversi lavori artigianali; durante il XIV e XV secolo infatti la *Old Guild Merchant* venne rimpiazzata da diverse *craft guilds* che ricevevano la gestione di alcuni monopoli dalla stessa Corona nei rispettivi ambiti del mercato.

potuto essere che quello degli artigiani a non vedersi privati individualmente del loro diritto al lavoro.

Come si vede, non viene disconosciuto il potere delle *municipal corporations* di adottare regole che attuassero i *local customs*, ma solo a condizione che dette regole risultassero «*consonant with law and reason*»[25]: già in questo caso del XVI secolo viene introdotto da Coke un canone valutativo, quello della *rule of reason*, che diventerà centrale in tutta la sua elaborazione successiva e che grande influenza avrà sul pensiero costituzionale inglese, imperniato sull'endiadi *common law* e *reason*.

Tornando alla decisione in esame, i giudici, nonostante la strenua opposizione di Moore, controparte di Coke nel giudizio, accoglievano le tesi antimonopolistiche di quest'ultimo, stabilendo che «*a rule of such nature as to bring all trade or traffic into the hands of one company or one person and to exclude all others is illegal*».

A questo punto la polemica antimonopolistica intrapresa da Coke, dopo aver investito nei termini anzidetti le *corporate by-laws*, non poteva che coinvolgere gli stessi *royal grants by patent*. Ciò accadrà di lì a poco con il caso *Darcy v Allen* del 1603, ormai conosciuto per la sua importanza come *the case of monopolies*, dove si arriva finalmente ad affermare la contrarietà alla common law delle stesse *royal grants by patent* ove queste ultime diano luogo a situazioni monopolistiche.

Come precisato nello stesso report di Coke[26], la decisione del King's Bench, riportandosi espressamente al caso *Davenant*, si basava sul fatto che il monopolio «*is against the common law*» (nonché «*it is against divers Acts of Parliament*») non solo perché pregiudizievole nel caso specifico degli altri operatori privati della *freedom of trade*, ma in quanto contrario al benessere della società e volto a favorire esclusivamente il lucro privato dei *patentees*.

È interessante notare come la Corte ritenga anche applicabili nel caso esaminato gli *statutes* parlamentari[27] adottati contro le pratiche di *engrossing e forestalling*, dimostrando in tal modo come venisse instaurata una immediata connessione tra le pratiche private restrittive della concorrenza e i monopoli regali concessi tramite l'autorità del Sovrano, sul presupposto di un'analoga contrarietà alla common law e all'interesse pubblico, tanto che nella dottrina inglese è stato notato come «*in the days*

[25] B. Malament, cit., p. 207.

[26] E. Coke, *Reports*, II, 84b, 88b, 77 Eng. Rep. 1260, 1266 (K.B. 1602).

[27] Tra i più importanti lo *Statute of Labourers* e lo *Statute of Artificers*, entrambi volti a favorire la piena occupazione come espressione del generale principio del *"right to work"*.

of Queen Elizabeth all restraints of trade, whether they were general or partial, were thought to be contrary to public policy and therefore unenforceable»[28].

Certo, non può sfuggire che il King's Bench ha cura di precisare che il privilegio monopolistico concesso dal sovrano di per sé considerato non potrebbe avere di mira che il *public interest*: per cui gli effetti negativi della determinazione sovrana sono la conseguenza dello sviamento del privilegio dai suoi fini originari e delle modalità della sua attuazione pratica da parte del soggetto che ne è titolare[29].

In ciò si evidenzia il tentativo della Corte di ribadire la preservazione del potere monarchico in campo economico, ma prevedendo allo stesso tempo la possibilità di intervento nel caso in cui venisse rinnegato quell'interesse generale cui gli stessi poteri regi si riteneva fossero necessariamente preordinati e che soltanto con "l'inganno" avessero potuto essere piegati verso uno scopo di lucro individuale.

Proprio guardando a questa moderazione argomentativa, si è voluto precisare che il concetto di *free trade*, che Coke e le Corti di common law danno prova di padroneggiare, non potrebbe comunque essere considerato alla stregua di una vera e propria dottrina economica del *lasseiz faire*, essendo piuttosto finalizzato a svolgere il ruolo di "*political slogan*"[30] nel favorire l'ascesa del Parlamento ed un ridimensionamento dei poteri della Corona. Dunque, in una tale ottica questo primo caso nonché gli altri decisi nello stesso periodo andrebbero interpretati alla luce del movimento «*against the background of the general resistance against illegal grants of monopolies by the Crown*».

Se si può ritenere che né Coke né il King's Bench intendessero portare un attacco così radicale alla *Crown Prerogative* di regolare il commercio e di adottare quelle *lawful emanations* considerate alla stregua di mezzi a disposizione della Corona per perseguire il bene pubblico, ma resta fermo che nella decisione stessa si trovano affermazioni di grande rilievo in ordine alle garanzie apprestate dalla common law per consentire l'esercizio del diritto di lavorare per mantenere se stessi e la propria famiglia, e di fronte al quale non potrebbe che recedere la pretesa di mantenere una posizione esclusiva fondata sul *grant*.

Ci si riferisce in particolare a quanto si legge nella sentenza, laddove Coke afferma che «*the grant to the plaintiff to have the sole making of them*

[28] Wilberforce, Campbell, Elles, *Restrictive trade practices and monopolies*, cit., p. 35.

[29] Si legge infatti nella *opinion* del King's Bench che la Regina fu"ingannata"nella concessione del suo *grant*, dato che il suo intendimento era quello di attribuirlo per il bene pubblico e non per il lucro individuale.

[30] Cfr. B. Malament, *op. cit.*, p. 215.

is against the common law and the benefit and liberty of the subject», per poi formulare, anche in forza dei principi contenuti nella Magna Carta, un'asserzione di portata generale e ben più perentoria secondo la quale: «*all monopolies are against this Great Charter, because they are against the liberty and freedom of the subjects and against the law of the land*» («tutti i monopoli sono contro questa grande Carta, perché sono contro la libertà del cittadino e contro le leggi del paese»)[31].

Volendo tirare le somme di questo excursus dell'indirizzo giurisprudenziale di cui Sir Edward Coke è vero protagonista, sembra non potersi disconoscere che le decisioni considerate costituiscano dei passaggi fondamentali che gettano le basi della teorica antimonopolistica, una linea che troverà riscontro in successive sentenze che ne svolgeranno ulteriormente le motivazioni[32]. In particolare è da segnalare l'emergere di un principio che troverà accoglimento non solo in molte decisioni successive ma anche nello *Statute of Monopolies* che verrà approvato dal Parlamento di lì a pochi anni: il principio secondo il quale un *guild privilege* non fondato su una legge del Parlamento o su una consuetudine risalente nella common law sia da considerarsi contrario alla legge, con ciò impedendo dunque che ulteriori posizioni di privilegio potessero determinarsi per volontà regia. E questo nonostante bisognerà attendere il XIX secolo inoltrato perché il sistema delle *guilds* entri definitivamente in crisi, un processo favorito, come visto, dal lavoro delle Corti nel porre sotto il loro controllo proprio le *by-laws* adottate da tali organizzazioni e che portò alla loro definitiva abolizione nel 1835 da parte del Parlamento tramite il *Municipal Corporations Act*.

I casi giurisprudenziali esaminati dimostrano però quanto sia risalente nella common law l'esistenza del concetto di *freedom of trade*, in virtù del quale nessun uomo può essere privato del proprio diritto a svolgere una attività economica se non per un *Act of Parliament*.

Un principio che non poteva avere lo stesso significato che gli verrà attribuito in tempi più recenti visto che, come nota Holdsworth, «*freedom of trade did not mean to Coke and his fellows what it means to an economist or a politician today. The freedom they meant was freedom from arbitrary restraints not recognised by the law*»[33]. E può darsi conto anche della sin-

[31] E. Coke, cit., II, 3.

[32] Si ricorda soprattutto il caso *Tailors of Ipswich* del 1614, dove la Corte accolse le tesi del convenuto basando la sua decisione ancora una volta sul *"right to work"*, chiamando a conferma della garanzia dell'esistenza di tale diritto nella common law l'antico precedente del caso *Dyer*.

[33] W. Holdsworth, *A History of English Law*, 1923, vol. IV, p. 350.

golare voce di Boudin[34] il quale ritenne che la *freedom of trade* trovasse il suo fondamento giuridico non nella common law e nemmeno nella legislazione scritta bensì negli antichi "privilegi". In polemica con coloro che sostenevano che il concetto di *freedom of trade* fosse il principio cardine del common law, Boudin afferma che «quando Coke parla di *freedom of trade* intende un concetto per la verità molto diverso», ossia farebbe riferimento al *"privilege trading"* il quale precluderebbe al Sovrano il potere di creare un monopolio che abbia come effetto quello di privare gli altri individui della loro pregressa titolarità del diritto «*to carry on their trades*».

Si può certamente condividere che per Coke la libertà di commercio abbia una portata più circoscritta di quella che assumerà in epoca posteriore; molto meno convincente è viceversa la tesi che vede Coke come una sorta di passatista schierato a difesa di antiche posizioni di privilegio sancite nelle Carte medievali piuttosto che, come si è cercato di evidenziare, un anticipatore delle teorie del liberismo economico. D'altronde, se non si possono certo disconoscere i limiti connaturati agli interventi antimonopolistici delle Corti inglesi – non fosse altro perché essi, ancorché basati su solide basi argomentative, non potevano che investire singoli casi – resta vero che queste sollecitazioni giurisprudenziali hanno determinato l'evoluzione dell'ordinamento inglese sino a trovare nello *Statute of Monopolies* del 1623, alla cui stesura non a caso ha dato un contributo determinante lo stesso Coke, il suo primo punto di arrivo e di assestamento normativo.

3. Lo Statute of Monopolies tra sovereignty of Parliament e riaffermazione dei principi elaborati dalle Corti

Questa notissima legge – addirittura definita *the Magna Carta of British Industry* e che costituì la madre di tutta la legislazione in materia antitrust successiva – va collocata nel processo di definizione della forma di governo inglese attorno al principio della *sovereignty of Parliament*.

Durante il regno di Elisabetta e del suo successore Giacomo I si configurò un gruppo stabile di "opposizione" nei confronti della Corona all'interno della House of Commons, la cui *"very persistent opposition"* ruotava proprio attorno alla polemica nei confronti del fenomeno dei monopoli regi, per quanto non fosse estranea a tale polemica la pres-

[34] L.B. Boudin, *The Sherman Act and labour disputes*, in *Columbia Law review*, 12/1939.

sione di *"particular interests"* da parte di alcuni membri della borghesia mercantile[35].

Una polemica aggravata non solo dalla persistenza della prassi della concessione di privilegi relativi alla vendita di determinati prodotti come ricompensa per i servigi dei più affezionati cortigiani, ma dalla creazione di monopoli persino nell'ambito della vendita di generi di prima necessità, con la conseguenza di suscitare una forte reazione popolare[36].

Per di più la concessione sovrana spesso includeva una delega di poteri coercitivi di contenuto molto ampio, tanto che il monopolista poteva arrivare a perquisire le abitazioni di presunti violatori del suo diritto di esclusiva ed a requisire gli eventuali beni di "contrabbando": così come esemplificato dal *Bonham's case* del 1610 deciso, durante il regno di James I, dalla Court of Common Pleas presieduta dallo Chief Justice Sir Edward Coke.

[35] Tra gli esponenti del movimento di opposizione contro i monopoli regi all'interno della House of Commons spicca in particolare la figura di Robert Bell, il quale nel 1571 già esortava gli altri parlamentari a considerare l'incidenza negativa sulla società inglese delle *royal lyncenses*: «*by lycenses a few were enriched and the multitude impoverished*» (parole che suscitarono non a caso il duro rimprovero del *Privy Council*). Successivamente, nel 1597, in seguito alle continue proteste all'interno del Parlamento, un'apposita *investigating Committee* provvedeva a redigere una *petition* indirizzata alla Regina Elisabetta al fine di porre rimedio al fenomeno delle *royal lycenses*; la Regina, tuttavia, difendeva l'inviolabilità della propria *Prerogative*, definendola il «*chiefest flower in her garland and the principall and head pearle in her crowne and dyadem*», seppure promettendo di esercitare un più stretto controllo sugli *offensive grants.* Tuttavia, nella pratica, poche *royal patents* vennero effettivamente cancellate, mentre la Corona continuava comunque a concederne di nuove. La situazione giunse ad esautorazione nel 1601, quando si toccò il punto più alto dell'opposizione contro i monopoli. La campagna di opposizione fu condotta in particolare da alcuni common lawyers, membri della House of Commons, i quali, allo stesso modo in cui Sir Edward Coke aveva fatto in qualità di giudice, si richiamavano all'antica tradizione della common law inglese. Tra di essi in particolare spiccano le figure di Sir Lawrence Hyde, che aveva sferrato una forte critica alla prerogativa regia di costituire i royal monopolies riportando l'esempio del caso di John Peach avvenuto durante il regno di Edoardo III, in cui il monopolio affidato dal Sovrano era stato dichiarato invalido e cancellato dal Parlamento dell'epoca ed il monopolista condannato al risarcimento di tutte le somme ingiustamente guadagnate (un precedente che Hyde esortava il Parlamento a considerare: «*this is a precedent worthy of observation, but I dare not presume to say worthy the following*») e di Sir Robert Cecil, il quale rivendicava forme di garanzie per le libertà economiche che fossero «*agreeable to the law*» (dove law è da intendere come riferimento alla tradizione giuridica della antica common law). Per una disamina dell'opposizione ai royal monopolies in seno alla House of Commons durante il regno di Elisabetta e di Giacomo I, cfr. G.R. Elton, *The Tudor Constitution: Documents and Commentary*, London, 1960, pp. 101 ss., W. Notestein, *The Winning of the Initiative by the House of Commons*, London, 1924, pp. 21 ss., G. Burton Adams, *Constitutional History of England*, 1963, pp. 280 ss.

[36] Bisogna infatti notare come questo sistema delle *industrial monopoly licenses*, che venne introdotto in Inghilterra con il fine di incentivare nuove invenzioni e processi industriali, finì con l'essere uitlizzato piuttosto al fine di favorire uomini di fiducia della Corona e di controllare il commercio del Regno; cfr. Wilberforce, Campbell, Elles, cit., laddove si nota che «*the system of granting industrial monopoly licenses was much abused under Queen Elizabeth I and grants came, according to Holdsworth, to be made to persons who had introduced nothing new into the country, of all kinds of commercial privileges, oppressive powers to enforce these privileges and dispensations from the existing law*» (pp. 28-29).

Il malcontento popolare, che aveva trovato eco in Parlamento e nelle decisioni delle Corti, costrinse la regina Elisabetta al famoso *Golden Speech* tenuto nel 1601 dinanzi all'adunanza parlamentare, dove la stessa regina sottoponeva la prerogativa sovrana «*to our Lady the common law*», ammettendo inoltre che di alcuni monopoli concessi dalla Corona avessero beneficiato soltanto singoli interessi privati venendo così meno la finalità di *public weal* con conseguente trasformazione della concessione regia in un *"bad monopoly"*.

Ma ciò non bastò, come sottolinea Ashton, a frenare «*the hostility to privileged economic concessionaries*», ancor più esacerbata «*by severe economic depression*», per cui «*no concessionary interest, monopolist, customs farmers, licensee or member of a privileged trading company was safe from attack*»[37].

Con l'emanazione dello *Statute of Monopolies* la contesa trova una sua conclusione, per quanto, come nota Dent[38], lo Statute deve essere visto non come un pieno successo del fervore ideologico contro il fenomeno monopolistico, ma più che altro come «*a statement of a political appeasement*», considerata la necessità per la Corona di ottenere dal Parlamento le risorse economiche necessarie per la progettata guerra con la Spagna.

Tale logica di compromesso tra Corona da un lato, e Corti e Parlamento dall'altro, sembrerebbe confermata dal fatto che al divieto generale della *sec.* 1[39] corrispondono una serie di eccezioni apprestate dalla *sec. 6*[40], così ponendo al riparo dall'intervento legislativo alcune delle antiche prerogative regie.

Ciò non sorprende se si considera che «*except for a few political concessions, the statute did very nearly embody Coke's view at the most radical*

[37] R. Ashton, *The City and the Court, 1603-1643*, London, 1979, p. 107.

[38] Cfr. C. Dent, *'Generally inconvenient': the 1624 statute of Monopolies as "political compromise"*, in *Melbourne University Law review*, vol. 33.

[39] Nella sezione 1 dello Statuto si legge: «*all monopolies, and all commissions, grants, licences, charters and letters patents heretofore made or granted, or hereafter to be made or granted, to any person or persons, bodies politick or corporate whatsoever, of or for the sole buying, selling, making, working or using of anything within this realm, or the dominion of wales, or of any other monopolies, or of power, liberty or faculty, to dispense with any others, or to give licence or toleration to do, use or exercise anything against the tenor or purport of any law or statute and all proclamations, inhibitions, restraints, warrants of assistants, and all other matters and things whatsoever, any way tending to the instituting, erecting, strengthening, furthering or countenancing of the same or any of them… are altogether contrary to the laws of this realm, and so are and shall be utterly void and of none effect, and in no wise to be put in use or execution*».

[40] Le eccezioni della sezione 6 comprendevano: «*any letters patents (b) and grants of privilege for the term of fourteen years or under, hereafter to be made, of the sole working or making of any manner of new manufactures within this realm (c) to the true and first inventor (d) and inventors of such manufactures, which others at the time of making such letters patents and grants shall not use (e), so as also they be not contrary to the law nor mischievous to the state by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient*».

stage of his career»; tale statute sarebbe in sostanza la trasposizione formale di quei principi già elaborati in sede giurisprudenziale che avrebbero trovato riconoscimento da parte dell'organo parlamentare.

Torna pertanto l'obiezione che si è voluta muovere alla posizione di Coke ritenuta ancora lontana dalla moderna concezione dei principi di concorrenza e del libero mercato, almeno in considerazione del fatto che il fulcro delle sue tesi è l'esigenza di assicurare il diritto al lavoro ed il *full employment*.

Ma soprattutto si è sottolineato l'atteggiamento "selettivo" nei confronti del fenomeno monopolistico e dei suoi effetti negativi tanto che Coke «*by drastically limiting the scope of his attack on monopolies*» avrebbe perduto «*a splendid opportunity to create a more competitive conditions of trade*»; la ulteriore esenzione dai divieti di legge (come si evince dalla sezione 9[41]) dei *privileges of trading* concessi ad alcune città (come ad esempio la City of London Corporation) confermerebbe questa ritrosia a condurre fino in fondo l'affermazione della *freedom of trade*, mantenendo in tal modo ferme le posizioni già detenute dalle *guilds*, come osservano criticamente sia la Malament[42] che Calabresi[43], del cui peso politico non poteva non tener conto il Parlamento in una fase tanto delicata del conflitto con il potere monarchico.

Pertanto, sarebbe grande la distanza dalla pienezza di significato che la *freedom of trade* assumerà dal 1776, anno di pubblicazione di *The Wealth of the Nations* di Adam Smith[44]; nel momento in cui fa la sua comparsa lo *Statute of Monopolies*, viene ancora assecondata la persistenza di alcune componenti coessenziali all'antico sistema medioevale, ciò che è stato rilevato dallo stesso Coke, laddove egli afferma la necessità «*to consider Par-*

[41] La sezione 9, intitolata *Provison for Charters of London and other Corporations*, prevedeva un'esenzione per quelle «*Corporacions Companies or Fellowshipps of any Art Trade Occupacion or Mistery, or to any Companies or Societies of Merchants*» istituite «*for the mayntenance enlargement or ordering of any trade of merchandize*».

[42] Cfr. B. Malament, cit., p. 217.

[43] Cfr. S.G. Calabresi, *Monopolies and the Constitution: a history of crony capitalism*, in *Northwestern University of Law Faculty Working Papers*, 2012, pp. 18 ss.

[44] Utile richiamare in tal senso quanto scritto da Adam Smith in merito agli effetti restrittivi della concorrenza del sistema dei privilegi delle corporazioni, con particolare riguardo proprio all'Inghilterra: «è per impedire questa riduzione del prezzo, e conseguentemente del salario e del profitto, restringendo quella libera concorrenza che quasi certamente la provocherebbe, che sono state stabilite tutte le corporazioni e la maggior parte delle leggi di corporazione. Anticamente, per istituire una corporazione, non si richiedeva nessun'altra autorità in molte parti d'Europa se non quella della città incorporata in cui essa veniva instituita. In Inghilterra, veramente, era anche necessario uno statuto del Re. Ma sembra che questa prerogativa venisse riservata alla Corona più per estorcere denaro al suddito che per difendere la libertà comune contro tali oppressivi monopoli»; cfr. A. Smith, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle Nazioni*, trad. it., Torino, Utet, 1965, p. 115.

liament's wish to preserve what remained of the medieval corporate structure and even certain forms of trade privilege».

Non si vuole insomma né creare una *free economy* né distruggere la tradizionale struttura corporativa del sistema economico sociale inglese, per cui la critica nei confronti delle *trade companies* attiene piuttosto agli specifici abusi in cui esse possono incorrere, in particolare restringendo eccessivamente la possibilità di ingresso nel mercato e sacrificando in tal modo i *rights of Englishmen*. Non a caso Coke non sollevò critiche nei confronti della licenza concessa ad alcune *companies* quali la *Russia Company*, *la Virginia Company* e la più famosa, la *East India Company*; egli si dimostrò invece convinto, nonostante esse potessero mettere capo a veri e propri monopoli, della necessità di privilegiare le grandi compagnie per una efficiente organizzazione del commercio e di conseguenza dell'opportunità di farle ricadere tra le eccezioni apprestate dallo *Statute of Monopolies* perché «*erected for the maintenance, enlargemenr, or ordering of any trade of merchandize*»[45].

4. La rule of reason nella teorica costituzionale di Edward Coke: «common law itself is nothing else but reason»

A questo punto ci si deve soffermare sul concetto che riveste maggiore importanza nella teoria costituzionale di Coke, ossia il concetto di ragione o ragionevolezza, che nell'esperienza anglosassone prenderà appunto il nome di *rule of reason* o *law of reason*.

Già nello storico *dictum* del *Bonham's case* del 1610 Coke aveva tentato, come noto, di stabilire il principio fondamentale per cui "*the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void*"[46].

Fermo restando che in tal modo venivano gettate le basi teoriche di un possibile istituto di controllo di costituzionalità, ciò che conta adesso osservare è che questa coppia (common law e ragione) ricorre costante-

[45] A tale proposito, un autorevole studioso italiano mette bene in evidenza come «ciò che lo *Statute of Monopolies* principalmente consacrò fu quindi una marcata avversione nei confronti dei privilegi particolari, e le eccezioni furono la logica espressione di situazioni che ancora sopravvivevano con un robusto stato di cittadinanza nell'ambiente inglese dell'epoca»; cfr. G. Bernini, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 138.

[46] E. Coke, *Reports*, 1610, 8, 114a at 117b -118b.

mente nelle decisioni che hanno l'impronta del suo pensiero e segnatamente in quelle volte all'affermazione delle libertà economiche individuali.

Il che vuol dire che, nella visione di Coke, la common law in tanto può chiedere obbedienza ai cittadini e può subordinare a sé ogni manifestazione di potere anche di natura sovrana, in quanto essa è «*reasonable*», ossia incarna la «*perfect reason, which commands those things that are proper and necessary and which prohibits contrary things*»[47].

Ciò detto, occorre avanzare una precisazione: quando Coke ravvisa nel sistema giuridico inglese questa «*perfect reason*», non si riferisce a principi di carattere giusnaturalistico che essa dovrebbe rispecchiare, ma alla «*internal logical consistency*» del sistema stesso: «*reason is the life of the law, the common law itself is nothing else but reason*».

Ciò significa che questa "ragione" non è, come dimostra la stessa polemica avanzata da Hobbes[48] nei confronti di Coke, la ragione spontanea e naturale che è patrimonio di tutti, bensì una «*artificial perfection of reason*» ossia una conquista che è raggiungibile soltanto attraverso lo studio del diritto e l'esperienza giuridica così come accade nel caso dei *common lawyers*: per cui i giuristi divengono, in questa raffigurazione, i veri custodi della tradizione giuridica e della *resonableness* della common law, e in quanto tali capaci di contrapporsi al tentativo di sostituire alla ragione oggettiva, come coniata dalla tradizione, la personale volontà di chi detiene il potere politico.

È perciò da condividere la riflessione di Pollock[49] stando alla quale la "ragione" cui si riferisce Coke, non ancorata a fissi presupposti giusnaturalistici, conferisce alla common law, nonostante il suo continuo riferimento alle consuetudini ed alla tradizione, anche la capacità evolutiva che

[47] E. Coke, *Institution of English law*, London, Thomas ed., 1818, vol. I, p. 15.

[48] T. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*, in *The english works*, edited by Sir William Moleworth, London, 1939-45, 6.14-15. In questo passo il *philospher*, ovvero Hobbes stesso, così si esprime nei confronti del *lawyer* che si batteva a favore della teoria della *artificial reason* di Sir Edward Coke: «*Do you think this to be good doctrine? Though it be true that no man is born with the use of reason, yet all men may grow up to it as well as lawyers; and when they have applied their reason to the laws (wich were laws before they studied them, or else it was not law the studied) may be as fit for and capable of judicature as Sir Edward Coke himself, who, whether he had more or less use of reason, was as much reason as is dispersed in so many several heads could not make such a law as this law of England is, if one should ask him who made the law of England, would he say a succession of English lawyers or judges made it, or rather a succession of Kings?* (…) *You see therefore that the king's reason, be it more or less, is that anima legis, that summa lex, thereof Sir Edward Coke speaketh, and not the reason, learning, and wisdom of the judges.* (…) *I say that the king's reason, when it is publicly upon advice and deliberation declared, is that anima legis; and that summa ratio and that equity, which all agree to be the law of reason, is all that is or ever was law in England since it became Christian, besides the Bible*». Sulla polemica di Hobbes nei confronti delle tesi di Coke cfr. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Rivista AIC*, 17 luglio 2006, par. 3.

[49] F. Pollock, *The expansion of the common law*, London, 1904.

le permette di corrispondere alle reali necessità prodotte dai mutamenti storici: un pregio questo la cui valorizzazione è in definitiva rimessa ai giudici in quanto custodi della common law e delle sue ragioni più profonde.

Resta da dire che la superiorità della common law in quanto *rule of reason* non si esprime soltanto nei confronti del potere della Corona, ma si afferma rispetto a qualsiasi altro potere normativo, anche quello del Parlamento, come viene affermato nel già citato caso *Bonham* che non esclude affatto gli atti dell'organo rappresentativo dalla possibile dichiarazione di nullità in caso di contrasto con la common law; per cui «*the law which Coke found was in the idea of a fundamental law which limited Crown and Parliament indifferently*»[50].

Per quanto la natura di tale "legge fondamentale" possa apparire difficile da decifrare pienamente, si può ritenere che l'ipotesi che più si avvicina al pensiero di Coke è quella di una "*paramount law of reason*" che in quanto tale si pone come legge superiore rispetto ad ogni altra determinazione sovrana.

Osserva molto efficacemente Roscoe Pound come per Coke le Corti «amministravano la legge, e la legge era ragione, per costringere non soltanto tutti i privati individui, e tutti gli agenti del Governo, ma il sovrano stesso a tenersi entro i limiti della ragione, rifiutando di riconoscere e di attribuire efficacia giuridica ad atti o ad ordinanze del sovrano che andassero oltre quei limiti»[51]. Nota ancora Pound che, dopo il 1688, "la proposizione" di Coke, estesa anche al Parlamento, "non resse più", per cui spetterà agli Stati Uniti il compito «di ricondurre la dottrina della supremazia della legge alle sue logiche conseguenze, e in verità a superarle, adottando praticamente la dottrina di Coke di un controllo della legislazione sul metro della ragione e dei principi fondamentali del diritto»[52].

[50] F.T. Pluknett, *Bonham's case and judicial review*, in *Law, Liberty and Parliament*, cit., p. 151.

[51] R. Pound, *The spirit of the common law*, Boston, 1921, pp. 68 ss.

[52] È da ricordare la significativa osservazione di H.W.R. Wade, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, Giuffrè, 1969, il quale nota che l'*opinion* di Coke non venne accettata neppure dai suoi contemporanei, pur ricordando che un altro importante giudice, il Chief Justice Holt, nel caso *City of London* v *Wood* del 1701, ritenne «per nulla stravagante, poiché molto ragionevole ed esatto affermare che, se il Parlamento stabilisse che la medesima persona fosse giudice e parte… quell'*Act* sarebbe nullo» (p. 229). Osserva ancora criticamente l'Autore che «il comune diritto e la ragione» che campeggiavano nel *Bonham's case* «erano tutti aspetti della vecchia concezione del diritto fondamentale ed eterno, i quali ormai non costituiscono più limiti al potere del legislatore. La giustizia naturale ha dovuto cercarsi un nuovo punto di appoggio e lo ha trovato non più in un sistema per eliminare gli *Acts* del Parlamento, ma in un sistema per eseguirli. La sua base sta ora nelle regole ermeneutiche, mediante le quali le Corti possono presumere che il legislatore voglia che i poteri da esso conferiti siano esercitati in maniera giusta e corretta; e poiché è molto improbabile una contraria statuizione del Parlamento, ciò offre alle Corti una grande possibilità di elaborare e di imporre un corpo di regole di buona amministrazione, secondo le esigenze dei tempi» (p. 230).

5. La rule of reason nella giurisprudenza sui patti restrittivi della concorrenza

Nella giurisprudenza del XVIII secolo, a fronte del declino oramai irreversibile del sistema feudale, il canone della *rule of reason* elaborato da Coke conosce una profonda trasformazione, dovendosi applicare agli accordi restrittivi della concorrenza liberamente assunti dai contraenti nell'esercizio della loro libertà economica.

La conseguenza più importante di questa trasformazione si rinviene nell'utilizzo della *doctrine of reasonableness*, ovvero di un test utilizzato dalle Corti per stabilire se un accordo restrittivo della concorrenza fosse da considerare *legal* o *illegal* a seconda della sua "ragionevolezza", valutata sulla base della pervasività della limitazione rispetto allo scopo primario del negozio.

Una prima applicazione della dottrina della *reasonableness* è peraltro già rinvenibile in un caso della prima metà del Diciassettesimo secolo, seppure essa troverà, come detto, compiuta elaborazione solo in alcune decisioni del secolo successivo. Nel caso in questione, ovvero *Rogers v Parry*, il convenuto si era obbligato, dietro pagamento di una somma di denaro da parte dell'attore, a non esercitare la professione di falegname, per un periodo di tempo di ventuno anni, all'interno di una bottega facente parte di una abitazione passata nella sua proprietà. Tale restrizione venne ritenuta dalla Corte, in particolare dal Lord Chief Justice Coke, valida poiché limitata nel tempo e relativa ad un luogo definito, senza dunque privare definitivamente il soggetto della libertà di svolgere la propria attività lavorativa.

Ma l'elaborazione compiuta della *doctrine of reasonableness* è rinvenibile solo nel 1711, nella sentenza resa dal King's Bench nel caso *Mitchel v Reynolds*, laddove si trattava di valutare da parte della Corte la validità di un'obbligazione solenne al pagamento di una somma di denaro assunta dal convenuto mediante la stipulazione di un bond. In particolare, il convenuto Reynolds aveva affittato all'attore Mitchel una bottega di fornaio nella parrocchia di St. Andrew in Holborn per il termine di cinque anni; contestualmente al contratto di affitto della bottega Reynolds sottoscriveva un *bond* pari a 50 sterline in favore dell'affittuario, *bond* che si sarebbe dovuto ritenere nullo nel caso in cui egli si fosse astenuto dall'esercitare l'attività di panettiere nella medesima zona. Nel momento in cui Reynolds riprese la propria attività in una zona differente ma rientrante anch'essa nella medesima parrocchia, Mitchel agiva in giudizio contro di lui per vedersi pagata la somma pattuita.

Appare chiaro dunque che il *bond* era stato stipulato a titolo di garanzia nell'ipotesi in cui l'affittante non avesse rispettato la clausola di non concorrenza stipulata in occasione del contratto di affitto dell'azienda.

Si era venuto perciò a costituire un accordo restrittivo della concorrenza tra privati accessorio rispetto al contratto principale di trasferimento, seppure per un tempo circoscritto, dell'attività; tale tipo di accordi emersi nella prassi commerciale erano definiti *ancillary restraints of trade* in quanto per l'appunto restrizioni secondarie negoziate in vista di un valido contratto principale.

Nel caso in esame tale metodo argomentativo è ben testimoniato dalla *opinion* della Corte resa da Lord Macclesfield, che indica quale criterio decisionale non già la natura dell'accordo (sia esso *by contract* o *by bond*) bensì l'esistenza di una "*special consideration*", ossia di un requisito che valga a comprovare la "ragionevolezza" delle obbligazioni assunte dalle parti nell'accordo in questione.

A questo scopo viene operata la distinzione tra *general restraints* e *particular restraints:* mentre i primi sarebbero sempre nulli[53], i secondi lo sarebbero solo quando non fosse reperibile una *good and adequate consideration*, con la conseguenza che l'accordo da considerarsi valido è quello che ha portata particolare e che «*appears to be made upon a good and adequate consideration so as to make it a proper and useful contract*».

Questo postulato viene ribadito chiaramente nella conclusione della sentenza laddove si legge che «*in all restraints of trade where nothing more appears the law presumed them bad; but if the circumstances are set forth that presumption is excluded and the court is to judge of those circumstances and if upon them it appears to be a just and honest contract, it ought to be maintained*». In base a tali argomentazioni, la Corte giudica dunque lecito l'accordo restrittivo della concorrenza stipulato dalle

[53] «*It can never be useful to any man to restrain another from trading in all places, though it may be to restrain him from trading in some, unless he intends a monopoly, which is a crime*»; queste le parole di Lord Macclesfield in merito alla contrarietà rispetto alla legge ed alla ragione della common law delle restrizioni generali della concorrenza. Sulla distinzione tra ragionevoli e non ragionevoli *restraints of trade* nella giurisprudenza settecentesca cfr. J.R. Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 400-401; l'Autore evidenzia come si possa intravedere già nella giurisprudenza delle Corti di Equity la tutela apprestata al singolo rispetto agli atti di "concorrenza sleale"; ciò a seguito dell'ampliamento dell'ambito del *writ of trespass* in modo da consentire l'azione di risarcimento non solo per violenza fisica e per frode ma anche per pratiche concorrenziali scorrette (p. 399); Commons propone anche un parallelo tra l'orientamento anti-corporativo delle Corti di common law tra XVII e XVIII secolo e le nuove esigenze di tutela della posizione dei lavoratori: «la libertà e il potere domandati dai lavoratori sono tanto contrari ai precedenti quanto la libertà e il potere domandati dalle attività economiche lo erano rispetto al sistema feudale, alla prerogativa del Re, ai privilegi speciali delle corporazioni o al common law dell'Inghilterra agricola» (p. 391).

parti, in quanto necessario alla realizzazione dello scopo sotteso al contratto principale. Come sottolineato da Bernini, la soluzione esposta dal Queen's Bench nei termini anzidetti testimonia che «con la decadenza del sistema corporativo medioevale e con l'avvento di una maggiore libertà di commercio, la disciplina giuridica relativa alle *ancillary restraints of trade* si liberò di quelle caratteristiche che avevano ragione di esistere solo in connessione con la particolare struttura del mercato economico medioevale»[54].

Per cui, si può aggiungere, si è potuto dare risalto alla libertà contrattuale ed all'equilibrio economico raggiunto in sede negoziale anche laddove ciò potesse comportare una limitazione della libertà operativa di chi avesse assunto il vincolo ostativo alla prosecuzione della sua attività commerciale. Ne consegue che lo standard giuridico ed interpretativo della *good and adequate consideration* sfocia in giudizio di convenienza dell'accordo o del contratto esclusivamente dal punto di vista delle parti stipulanti, ossia senza che venga in rilievo una più ampia prospettiva relativamente alla incidenza dell'accordo, in quanto limitativo della concorrenza, sul corretto funzionamento del mercato[55].

Non di meno rimangono ferme le precedenti acquisizioni antimonopolistiche, per cui l'anzidetto giudizio di "ragionevolezza" potrebbe trovare applicazione soltanto nei casi in cui non si configuri l'ipotesi di una situazione di monopolio all'interno del mercato, ipotesi di cui nessuno pensa di mettere in discussione la già consolidata affermazione in ordine alla sua contrarietà alla common law ed alle statuizioni legislative.

Ma la vera svolta giurisprudenziale è reperibile tra la metà e la fine del XIX secolo, quando la *law of reason* sembra diventare l'asse principale attorno al quale ruotano le decisioni sugli accordi di tipo monopolistico.

È da rammentare che in tale periodo storico l'Inghilterra visse una nuova fase di sviluppo del suo sistema economico in seguito alla Seconda Rivoluzione Industriale che investì soprattutto la produzione agricola in forza dei processi di "meccanizzazione". Di pari passo con questo ammodernamento delle strutture produttive si determinò una forte concentrazione dell'attività industriale in capo a grandi società, con conseguente

[54] G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, Clueb, 1991, p. 35.

[55] A tale proposito è stato notato che «*the legal discourse had moved on, to a degree, from the early seventeenth century but had not reached the understandings that underpin the nineteenth-century patent law*», vista la permanenze di alcuni aspetti quali «*the continuance of mercantilist policies; the entities that had the power to constrain the action of individuals; the conception of innovation; and the acceptance of a limited amount of individual choice*», solo in parte compatibili con «*a more modern view of individuals*»; cfr. C. Dent, *Restrain me not: Mitchel v Reynolds and early 18th Century patent law,* in *The University of Western Australia Law Review*, vol. 41(2).

impossibilità per le aziende di piccole dimensioni di reggere il confronto con un potere economico tanto forte. Un quadro efficacemente delineato nelle parole di un noto storico del '900, laddove si nota che «quel tipo di *bourgeois*, che durante la prima ondata della rivoluzione industriale aveva avuto un ruolo predominante, cioè l'imprenditore indipendente e fortemente individualista, fu pian piano soppiantato dai grandi enti anonimi, che sotto la moderna forma giuridica della società per azioni ebbero uno sviluppo fulmineo nell'industria, nel commercio e nell'organizzazione bancaria»[56].

Avendo presente questi dati si spiega il ritorno in auge, ma in uno scenario radicalmente cambiato sotto il profilo politico, economico e sociale, del tema antimonopolistico che, come si è visto a suo tempo, aveva tanto impegnato le Corti inglesi dell'epoca medievale.

Ciò che risulta subito chiara è l'insufficienza del criterio esaminato in precedenza della *consideration*, per cui questo criterio viene sostituito dal canone della "ragionevolezza" ai fini della valutazione degli accordi e delle concentrazioni tra imprese. Finalmente si sposta in tale modo l'attenzione dalla convenienza meramente "interna" degli accordi ai loro effetti "esterni", vale a dire valutando la loro idoneità o meno a favorire situazioni di monopolio e dunque ad alterare il funzionamento del mercato.

Queste modalità applicative del canone della ragionevolezza si trovano illustrate nella sentenza *Nordenfelt v The Maxim Nordenfelt Co.* del 1894, dove ancora una volta si trattava di decidere sulla legalità di un accordo restrittivo della concorrenza stipulato in occasione della cessione di una attività industriale (relativa alla costruzione di armamenti), con il quale si stabiliva che la Nordenfelt non avrebbe più potuto «*make guns or ammunition anywhere in the world*» né «*compete with Maxim in any way for a period of 25 years*».

Seppure tale tipo di accordo potesse sembrare prima facie un tipo di *general restraint of trade* da considerarsi, come visto in precedenza, contrari alle regole e ai principi della common law, nel caso di specie la House of Lords ribaltò la decisone presa in primo grado ritenendo invece valido tale *general restraint of trade* proprio alla stregua del concetto di "ragionevolezza". Come si trae dalle affermazioni della Corte, il concetto di ragionevolezza incorpora al suo interno la tutela dell'interesse pubblico, tanto che Lord Herschell, estensore della decisione in esame, giustificò la *reasonableness* dell'accordo postulando di non ravvisare che

[56] Cfr. W.J. Mommsen, *L'età dell'imperialismo*, Milano, Feltrinelli, 1970.

da esso potesse derivare alcun pericolo effettivo per l'interesse del popolo inglese[57].

Particolarmente significativa è da questo punto di vista la nota *concurring opinion* di Lord Macnaghten, nella quale lo scrutinio di ragionevolezza dell'accordo viene indicato come «*the only true test in all cases*», un test nel quale concorrono il principio della libertà individuale ed esigenze di *public policy*. In particolare la libertà economica individuale viene assunta come fattore di benessere per la collettività per cui «*the public have an interest in every person's carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading and all restraints of trade are contrary to public policy and therefore void. That is the general rule*». Se questa è la "*general rule*", nella fattispecie concreta, secondo Lord Macnaghten, «*restraints of trade and interference with individual liberty of action*» sono da considerare lecite purchè non siano confliggenti con l'interesse pubblico, ovvero quando esse siano in grado «*to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed while at the same time it is no way injurious to the public*».

Ne deriva che l'interferenza nella libertà individuale in campo economico non è necessariamente vietata, ed anzi può essere ammessa, sia pure in via di eccezione o di deroga, quando questa trovi giustificazione in un interesse del soggetto a cui favore opera la restrizione, ma all'ulteriore condizione che tale interesse non sia confliggente con l'interesse complessivo del paese.

Risalta poi, sempre riguardo all'applicazione del canone della *rule of reason*, il caso *Mogul Steamship*, coevo rispetto al *Nordenfelt* precedentemente analizzato.

Nella specie si era di fronte ad un vero e proprio accordo di cartello tra alcune compagnie che aveva escluso dal mercato della esportazione di beni dalle Indie la *Mogul*, per cui quest'ultima aveva proposto un'azione davanti la Corte. Anche in questo caso si giunse a ritenere valido l'accordo ad excludendum intercorso tra le varie compagnie e sempre utilizzando il canone della ragionevolezza.

In particolare la Corte sottolineò a questo scopo come l'accordo non fosse *contrary to law*, dal momento che esso sarebbe stato posto in essere non al fine di perseguire "*an unlawful end*" né sarebbero stati utilizzati

[57] Queste le parole della Corte in merito alla influenza dell'accordo sull'interesse pubblico «*Was it reasonable in the interest of the public? It can hardly be injurious to the public, that is, the British public, to prevent a person from carrying on a trade in weapons of war abroad. But apart from that special feature in the present case, how can the public be injured by the transfer of a business from one hand to another? If a business is profitable there will be no lack of persons ready to carry it on*».

"*unlawful means*", ovvero pratiche scorrette, da parte delle imprese stipulanti, in tal modo escludendosi che si potesse qualificare l'accordo *non reasonable*: per la Corte è risolutivo constatare che «*the combination had neither acted with any malicious intention to injure rival traders*» come dimostrato dal fatto che non erano stati utilizzati comportamenti impropri quali *violence*, *intimidation* o *molestation*.

Vi è ancora da osservare che anche in questa sentenza è presente il profilo del rapporto tra le restrizioni della concorrenza (o presunte tali) e la *public policy*. E tanto più rilevante appare questo passaggio se si considera che in proposito i *defendants* (le imprese convenute aderenti alla *combination*) avevano argomentato che al fine di giudicare se accordi di tale genere fossero «*on the whole beneficial or not to the public*» non si potesse far riferimento a norme predeterminate e stabilite in via astratta, ma si dovesse considerare il funzionamento della *public economy* nel suo concreto dispiegarsi.

La Corte respinse, come si evince dalla *opinion* di Lord Bramwell, un assunto così perentorio, ma affermando che proprio *the public policy of free trade* autorizzasse tali *combinations* in quanto espressive, quando non si avvalessero di quelle che oggi chiameremmo "pratiche scorrette", della libertà di contratto della quale veniva postulata la posizione fondamentale che le competeva nell'ambito della common law.

Il segno del fatto che non pesano più sulla questione monopolistica le implicazioni politiche, legate alla contesa tra Corona e Parlamento nonché al superamento del regime feudale, delle quali si era fatta carico la giurisprudenza sei e settecentesca[58]; ma anche il segno dell'emergere della consapevolezza che l'acquisizione di adeguata consistenza economica da parte delle imprese possa essere un fattore di sviluppo e di rafforzamento della loro presenza nel mercato in modo da sostenere il primato economico dell'Inghilterra, pericolosamente insidiato da altre potenze industriali del continente europeo.

Da quanto esposto traspare dunque che, una volta cessata la necessità di opporsi alla politica assolutistica in campo economico, la tutela della *freedom of chart* abbia avuto prevalenza rispetto alla realizzazione della *freedom of trade*.

[58] A proposito della progressiva perdita della connotazione politica della questione dei monopoli è stato notato efficacemente che «*by the time that Adam Smith wroth the Wealth of Nations in 1776, monopolies had ceased to stem from the unconstitutional use by the Monarch of the Royal Prerogative, but were in many instances imposed by traders on the public. Thus the conflict was no longer between the Crown on the one hand seeking to increase its revenues and Parliament attempting to secure the trading liberties of the subject, but rather between traders who imposed conditions and the general public*» (cfr. Wilberforce, Campbell, Elless, cit., p. 38).

Tuttavia, se si resta alle motivazioni che sono state proposte dalle Corti, lo schema decisionale non appare tanto netto: è vero che le soluzioni date ai casi specifici sono state favorevoli alla validità degli accordi anticoncorrenziali, tuttavia rimane il fatto che lo spazio di gioco concesso alla libertà contrattuale, vale a dire la possibilità di esprimersi anche in forma restrittiva dell'altrui libertà economica e di concorrenza, si presenta in ogni caso come uno spazio derogatorio rispetto ai principi della common law, e comunque condizionato all'osservanza degli indici di ragionevolezza ed alla relativa verifica da parte delle Corti della loro effettiva sussistenza nei casi sottoposti al loro esame.

Si potrebbe dire, dunque, che, nell'ambito della questione dei monopoli, il canone della *rule of reason* si pone come "spartiacque" tra la teoria restrittiva della contrarietà di ciascun monopolio alla common law e le teorie dell'ordine naturale del mercato e del *laissez-fair* espressioni del liberalismo economico che propugna l'astensione da interventi statali che vogliano regolare il mercato e influire sui suoi esiti spontanei.

6. L'affermazione della sovereignty of Parliament: dalla rule of reason alla rule of law

È ampiamente riconosciuto che, a far tempo dalla Gloriosa Rivoluzione del 1688-1689, viene consacrato il paradigma della *sovereignty of Parliament* nell'ambito del sistema istituzionale inglese, un processo nel quale, come visto in precedenza, svolse un ruolo cruciale proprio lo sviluppo economico dell'Isola e la conseguente lotta contro il fenomeno dei monopoli[59].

[59] Sulle caratteristiche della forma di governo inglese a partire dall'affermazione del dogma della sovranità parlamentare (anche in rapporto al crescente ruolo del Cabinet) cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty ed., 1982; W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1995; I. Jennings, *The Law and the Constitution*, London, 1973; J.P. MacIntosh, *The British Cabinet*, London, 1968; H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, in *Cambridge Law Journal* 172, pp. 186-189; J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty*, Cambridge, 2010. Come noto, tale processo di assestamento si snoda attraverso alcune decisive riforme dell'organo rappresentativo tra XIX e XX secolo (tra cui basti ricordare il Reform Act del 1832 che estese significativamente la rappresentanza in Parlamento anche a quella parte di popolazione che sino ad allora era rimasta esclusa dal circuito politico ed i Parliament Acts del 1911 e del 1949 che limitarono il potere della House of Lords nel procedimento legislativo e fissarono la durata del Parlamento a cinque anni). Tale riforme hanno fatto sì che il Parlamento acquisisse «una spiccata capacità rappresentativa che costituirà il motore politico dell'incremento della funzione legislativa», favorendo «un'evoluzione che da sola la tradizione di common law non era più in grado di assicurare non disponendo di strumenti sufficienti per rispondere alle esigenze sociali determinate dalla rivoluzione industriale»; cfr. C. Martinelli, *Brevi riflessioni sulla rule of law nella tradizione costituzionale del Regno Unito*, in *Diritti Comparati*, 8 giugno 2017.

Quel che si può dire è che il punto di arrivo di questo processo trova nella elaborazione di Albert V. Dicey il punto più alto e sofisticato di concettualizzazione attraverso la teorica della *rule of law*.

Si ha ben presente la difficoltà di definire gli esatti contorni di una nozione che presenta un alto grado di fluidità, ma si può almeno osservare che la *rule of law* sembra segnare la definitiva archiviazione dell'ipotesi di Coke, ossia quella di assegnare alle Corti il ruolo precipuo di custodi della common law e delle antiche libertà individuali in esso radicate.

La riprova di quanto detto si può trarre dalle ironiche parole di Dicey che, dissentendo dalla tesi che le radici del sistema inglese dell'epoca vittoriana fossero da reperire nella "diatriba fra Re Giorgio e Coke", reputa del tutto illusoria «*the supposition (…) that the cunning of lawyers has by the invention of legal fictions corrupted the fair simplicity of our original constitution, underrates the statesmanship of lawyers as much as it overrates the merits of early society*». Non viene peraltro negato da Dicey che le "finzioni" utilizzate da giuristi come Coke «*served the cause both of justice and of freedom, and served it when it could have been defended by no other weapons*», in questo modo circoscrivendone però l'utilità alle determinate condizioni storiche e sociali di quell'epoca («*for there are social conditions under which legal fictions or subtleties afford the sole means of establishing that rule of equal and settled law which is the true basis of English civilization*»). Ed ancora Dicey sottolinea come «*nothing can be more pedantic, nothing more artificial, nothing more unhistorical, than the reasoning by which Coke induced or compelled James to forego the attempt to withdraw cases from the Courts for his Majesty's personal determination*». Ma viene altresì riconosciuto dal grande giurista vittoriano che nessuna regola si è rivelata «*more essential to the very existence of the constitution*» della regola della *supremacy of law* fissata grazie alla «*obstinacy and the fallacies of the great Chief-Justice*»[60].

Ed invero nella teorica della *rule of law*, in coerenza con il nuovo assetto acquisito dalla forma di governo inglese e dalla conseguente dislocazione del potere, il baricentro del sistema tende a spostarsi sulla volontà espressa dall'organo rappresentativo e quindi sulla componente legislativa nel quadro delle modalità di regolazione dei rapporti sociali.

Non poteva dunque più reggere l'argomento dell'antica tradizione della common law e dei remoti *founding precedents* utilizzati da Coke e dalle Corti di common law nei secoli precedenti; al contrario nella costruzione *diceyana* della teorica della *rule of law* l'utilizzo del precedente al

[60] A.V. Dicey *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund ed., 1982, p. 79.

fine di stabilire regole di diritto è visto semmai come «*a useful fiction*» per mezzo della quale «*judicial decision conceals its transformation into judicial legislation*», ossia un astuto stratagemma nelle mani delle Corti per non limitarsi ad esercitare una funzione di *interpretation* del diritto bensì per svolgere una vera e propria attività positiva di *legislation* attraverso l'artificioso richiamo alle regole della common law.

Non viene disconosciuto dal giurista vittoriano che la tradizione può entrare a comporre l'identità dell'ordinamento giuridico, ma resta comunque chiaro che l'applicazione della common law occupa ormai uno spazio marginale rispetto a quello detenuto dal diritto di derivazione parlamentare: la dimostrazione che a tale diritto si assegna, secondo il generale convincimento, il compito di rispecchiare le reali ed attuali esigenze della società inglese.

Il rifiuto del sistema inglese di portare alle logiche conseguenze le premesse poste da Edward Coke in ordine al controllo di costituzionalità, nonché la stessa individuazione del rimedio estremo del diritto di resistenza popolare in caso di violazione delle libertà dei cittadini da parte dell'organo rappresentativo, conferma l'esito del contenimento del ruolo delle Corti o quanto meno il ridimensionamento della valenza politica che in passato innegabilmente aveva avuto modo di esprimere.

Sarebbe però eccessivo ritenere che la *rule of law* voglia confinare le Corti in un ambito strettamente applicativo, di semplice ed automatica esecuzione della legge, come era nella raffigurazione francese del giudice quale *bouche de la loi*. In Dicey non viene affatto escluso che anche gli interventi giurisprudenziali, sotto forma di precedenti, siano ricompresi nella nozione di *rule of law*, per cui si delinea piuttosto un rapporto dialettico tra Parlamento e giudici: ma il contributo che possono dare le Corti è in questo quadro un contributo di ragionevolezza e certezza nell'applicazione di un sistema giuridico le cui linee fondamentali devono essere ora governate dall'organo rappresentativo. In questo senso sono da intendere le parole del giurista vittoriano quando afferma che la *sovereignty of Parliament*, lungi dall'essere in antitesi rispetto alla *law of the land* rinvenibile nella dottrina costituzionale di Coke ed identificata dallo Chief Justice con una *paramount law of reason*, al contrario ne rafforza il valore e ne favorisce a sua volta la supremazia («*the sovereignty of Parliament favours the supremacy of the law*»)[61].

[61] A riprova di quanto detto è da considerare che nella dottrina della *rule of law*, così come elaborata da Dicey, il valore prioritario di cui il principio è portatore è costituito dalla *legality*, che richiede l'obbedienza alla legge sia da parte dei cittadini che da parte dei *public officials* che debbono farne applicazione nel rigoroso rispetto di quanto stabilito dalla legge stessa allo scopo di contenere al massimo l'esercizio della discrezionalità. Tale criterio sembrerebbe,

Quel che rimane senz'altro fermo ed irretrattabile dell'eredità medievale è quanto le Corti hanno elaborato con riferimento alle libertà del cittadino e che, ancorché non fissato in un testo scritto, rappresenta la cornice costituzionale entro la quale opera lo stesso organo rappresentativo. Come osserva William Wade: «*the rule of law is a sacred constitutional principle, but like the conventions of constitution it is nowhere to be found in positive legal form. It is rather an ideal, residing in the spirit of constitution rather than in its letter*»[62].

Ma ancora Dicey ribadisce che «nell'ordinamento costituzionale inglese non vi è alcun potere che possa competere con la sovranità legislativa del parlamento», per cui egli respinge le tradizionali opinioni in merito alle possibili limitazioni dell'autorità parlamentare (primo tra tutti il limite prospettato da Coke nel *dictum* del *Bonham's case* per cui un atto del Parlamento non potrebbe contraddire ai principi della common law): «*no one of the limitations alleged to be imposed by law on the absolute authority of Parliament has any real existence, or receives any countenance, either from the statute-book or from the practice of the Courts*»[63].

Potrebbe sembrare che l'antica supremazia regia sia traslata nella visione di Dicey nella sovranità del Parlamento come caratteristica fondamentale dell'assetto costituzionale inglese. Ma vi è la decisiva differenza

almeno *prima facie*, coincidere con il principio di legalità degli ordinamenti continentali, e ciò per quanto Dicey ne avesse voluto sottolineare le distanze in polemica con il sistema del *droit administratif* francese, ed in particolare con il debordante potere discrezionale di cui l'amministrazione sarebbe stata dotata, al punto da sottoporre a suo avviso i cittadini ad una supremazia pubblica persino incontrollabile ed imprevedibile. Da ciò deriva anche il netto rifiuto di un diritto amministrativo inglese separato dal campo del diritto ordinario, e la riaffermazione orgogliosa del principio per cui in Inghilterra «*every official, from the Prime Minister to down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen*». Queste asserzioni sono state successivamente messe in dubbio da chi ha sostenuto che in Inghilterra, e già ai tempi di Dicey, vi fossero in realtà "*colossal distinctions*" tra la posizione dei comuni cittadini e quella degli organi amministrativi del *government* che godevano spesso di speciali esenzioni ed immunità che giungevano sino a privare il cittadino di rimedi contro il potere dello stato «*in many cases where he most requires it*» (W. Robson, *Justice and Administrative Law*, 1947, pp. 343 ss.). Una critica alla concezione diceyana del diritto amministrativo si rinviene nella dottrina italiana in S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 19, 1990, pp. 5-82; qui è imputata a Dicey una conoscenza quantomeno superficiale del *droit administratif*, visto che la sua lettura degli autori francesi, soprattutto di Tocqueville, sarebbe stata non solo "incompleta" bensì priva di "comprensione storica", sino ad attribuire allo stesso Dicey il demerito di aver impedito, o quantomeno ostacolato, "lo sviluppo", in Inghilterra, «di una scienza del diritto amministrativo che, a sua volta, ma effettivamente, non fece sviluppare il diritto amministrativo, inteso come istituti, classificazioni, insieme di regole che governano i rapporti tra amministrazione e privati» (p. 80).

[62] W. Wade, H. Raghnemalm, P.L. Strauss, *Administrative law. The problem of justice*, edited by A. Piras, Milano, 1991, vol. I, p. 9.

[63] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. 100.

che nel sistema inglese, ancora nelle parole di Dicey, «*such principles, moreover, as you can discover in the English constitution are, like all maxims established by judicial legislation, mere generalisations drawn either from the decisions or dicta of judges, or from statutes which, being passed to meet special grievances, bear a close resemblance to judicial decisions, and are in effect judgments pronounced by the High Court of Parliament*» e che la stessa «*law of the constitution is little else than a generalisation of the rights which the Courts secure to individuals*»[64].

Rimane dunque inalterata anche in questo passaggio storico la caratteristica più rilevante del sistema giuridico inglese: quella di sapersi muovere tra tradizione e innovazione, tra il mantenimento del patrimonio giuridico acquisito ed il suo necessario adattamento alle esigenze dei tempi.

Il punto è stato particolarmente sottolineato da chi ha insistito sul fatto che nella dottrina della *rule of law* è anche ravvisabile un «rifiuto completo della dottrina continentale del potere costituente: questo potere è insito nella stessa giurisdizione ordinaria, la Costituzione è l'insieme dei principi fondamentali rispetto ad altre regole più di dettaglio – in essa stabiliti – ossia dei principi di fondo dell'esistenza civile, ma non vi è alcuna trasfusione da un potere costituente ad un potere costituito, che si realizzi come fatto eccezionale e che fondi l'ordinamento, restando in qualche modo al di fuori di esso. Si tratta di una immanenza pura: nel sistema di Dicey e della *rule of law* semplicemente non c'è spazio per alcun miracolo»[65].

Il che vuole dire appunto che nel caso inglese non si tratta soltanto di una esperienza di costituzione non scritta, ma anche di una vicenda costituzionale che prevede ed agevola il cambiamento, senza richiedere che questi cambiamenti debbano essere necessariamente certificati in un unico momento temporale ed in un atto singolo che dichiari la sua espressa volontà di distacco dal passato.

Altrettanto importante è osservare che questa linea evolutiva non è condizionata da specifiche (e tanto meno aggravate) procedure, come accade per le costituzioni scritte e rigide, atte ad assicurare che la trasformazione costituzionale non sia dettata da astratte pulsioni riformatrici, ma da esigenze reali che trovino corrispondenza nel modo di sentire attuale della collettività[66]. Ciò significa che l'accettabilità del cambiamento

[64] A.V. Dicey, *ibidem*, p. 151.

[65] P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto*, Bari, Laterza, 2013, p. 96.

[66] Fondamentale in questo senso il ruolo svolto dalle *conventions of the constitution*. Tra la numerosa bibliografia sul tema si veda soprattutto A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the*

da parte della common law, e la sua piena assimilazione nel quadro dei principi cardine del sistema, non dipende da regole formali ma dalla capacità di percepire i mutamenti in corso nella società dandovi seguito in sede giurisprudenziale ovvero in sede di produzione normativa.

In conclusione, non si può disconoscere che nella visione della *rule of law* che si è andata consolidando nei termini sopra esposti la legge parlamentare sembra assorbire ogni aspettativa di tutela dei diritti dei cittadini, per cui il richiamo alla common law ed ai suoi principi resta confinato sullo sfondo, senza quella concreta capacità operativa che al diritto tradizionale aveva assegnato Coke e che tanto aveva contribuito a valorizzare in passato il ruolo delle Corti.

7. Cenni a proposito del ritorno alla common law e alla teorica cokiana

Si può soltanto accennare in questa sede al fatto che in tempi recenti in Inghilterra si assiste non solo alla ripresa del filo del controllo delle Corti sulla legislazione parlamentare enunciato nel *Bonham's case*, ma anche ad un ritorno alla common law volto a rivendicare l'autonomia conoscitiva dei giudici in materia di diritti nonostante la tendenza a codificarli in apposite carte scritte. Ci si riferisce in particolare all'incorporazione della CEDU nell'ordinamento britannico per via dello Human Rights Act (HRA) del 1998. Non si può, infatti, disconoscere la valenza innovativa della presenza di una Carta dei Diritti di tipo moderno e quindi con caratteristiche molto differenti rispetto alle Carte medievali e, come se non bastasse, una Carta nella quale non si esprime una singola identità nazionale bensì un'esigenza di tendenziale uniformità nel trattamento dei diritti da parte degli ordinamenti giuridici degli Stati sottoscrittori.

Law of the Constitution, cit., in particolare pp. 244 ss.; I. Jennings, *The Law and the Constitution*, London, 1973, pp. 23 ss.; A. Lawrence Lowell, *Il governo inglese*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, cit., pp. da 231 a 244; E.C.S. Wade - C.G. Phillip, *Constitutional and Administrative Law*, London, 1977, pp. 16 ss.; G. Marshall - M. Moodie, *Some Problems of the Constitution*, London, 1959; C.R. Munro, *Laws and Conventions distinguished*, in *Law Quarterly Review*, 91, 1975, pp. 218 ss.; P. Leyland, *Constitutional Conventions and the preservation of the spirit of the British Constitution*, XXIX Convegno annuale AIC - Catanzaro 2014, Rivista N. 4/2014. Nella dottrina italiana cfr. G.U. Rescigno, *Le Convenzioni Costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, pp. 27 ss., in cui si nota come, attraverso lo strumento delle *conventions*, nell'ordinamento inglese «si ottengono contemporaneamente due vantaggi: l'adeguamento rapido, continuo, flessibile del meccanismo costituzionale ai rapporti politici esistenti e nello stesso tempo la continuità e la stabilità del diritto dello Stato» (p. 28); P. Ridola, *Tessuto pluralistico della società e assetti della forma di governo parlamentare. Il dibattito sulle* conventions of the constitution, in Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 164 ss.

Tuttavia, anche scorrendo i principali casi giurisprudenziali, si ricava che spesso la CEDU è chiamata a svolgere una funzione sussidiaria rispetto alla common law e che i giudici, pur uniformandosi all'obbligo di applicazione dei diritti CEDU (come richiesto dalla sezione 3 dello HRA che prescrive il criterio della interpretazione conforme alla Convenzione medesima), non mancano di ribadire la loro fedeltà alla common law, traendo anzi da questa canoni interpretativi degli stessi diritti convenzionali[67].

Tale ritorno alla common law si accompagna, come detto, alla ripresa della teorica di Coke concernente il controllo giudiziario sulla legislazione parlamentare. Il riferimento è soprattutto al meccanismo della *declaration of incompatibility* introdotto dalla sezione 4 dello Human Rights Act, dove si stabilisce che quando una Corte britannica (o meglio alcune Corti legittimate indicate dalla legge[68]) ritenga che una disposizione legislativa nazionale sia «*incompatible with a Convention right*» possa sollevare una *declaration of incompatibility* (dichiarazione d'incompatibilità).

Non c'è bisogno di ricordare che tale dichiarazione «*does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given*» e «*is not binding on the parties to the proceedings in which*

[67] In questo senso alcune delle più importanti decisioni delle Higher Courts britanniche sin dai primi anni di applicazione dello HRA. Tra queste basti ricordare la decisione del Queen's Bench nel caso *Thoburn* v *Sutherland City Council* del 2002 in cui «*the development of the common law regarding constitutional rights, and (…) constitutional statutes*» è affidato all'opera interpretativa delle Corti e alla loro capacità di individuare i principi cui attribuire il valore di legislazione sostanzialmente "costituzionale" (par. 64 ss.); nella giurisprudenza della Uk Supreme Court, visto anche il nuovo ruolo istituzionale di detta Corte, l'argomento della common law riveste un ruolo centrale, come dimostrano alcuni recenti casi quali *R* (*HS2 Action Alliance Ltd*) v *Secretary of State for Transport* del 2014, in cui si afferma la sussistenza di principi costituzionali non scritti ricavabili dalla common law in grado di prevalere anche nei confronti di *statutes* parlamentari di grado costituzionale in forza del radicamento storico che possono vantare e della loro dimostrata capacità di sostenere l'assetto dell'organizzazione di governo del paese, o ancora *Osborn* v *Parole Board* del 2014 nel quale Lord Reed, estensore della decisione, nega addirittura al sistema di tutela dei diritti ricavabile dallo Human Rights Act valenza autonoma rispetto alla common law, ravvisando in quest'ultima la garanzia principale dei diritti e delle libertà fondamentali (in modo simile *Kennedy* v *Charity Commissioners* 2015, par. 46). Su questa linea peraltro si era già mossa certa dottrina inglese, individuata con il nome di *common law constitutionalism*, per la quale lo HRA segna addirittura la ripresa del percorso iniziato dai *common lawyers* del XVI e del XVII secolo, riportando in auge la centralità dei giudici nell'ambito della tutela dei diritti e riconoscendo alla common law la capacità di imporsi in certi casi come parametro di validità della stessa legge parlamentare; cfr. in particolare T.R.S. Allan, *Law, Liberty and Justice*, Oxford, 1993, in particolare pp. 79 ss. e Id., *In Defence of the Common Law Constitution: Unwritten Rights as Fundamental Law*, London, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 5/2009.

[68] Corti legittimate ai sensi della sezione 4 dello HRA sono: la Uk Supreme Court (come stabilito in seguito al Constitutional Reform Act del 2005); la Judicial Committee of the Privy Council; la Court Martial Appeal Court; la High Court of Justiciary in Scozia; la High Court o la Court of Appeal in Inghilterra, Galles, e Irlanda del Nord ed infine la Court of Protection.

it is made», il che significa che essa non comporta di per sé l'invalidità o la disapplicazione dell'atto legislativo, avendo piuttosto la funzione di rimettere la questione all'attenzione degli organi politici ai quali spetterà la decisione finale sull'esigenza di sanare il contrasto evidenziato in sede di *declaration*.

Ciò non toglie però che l'utilizzo di tale strumento, considerata la sua capacità di assumere il più delle volte una forza *politically binding* nei confronti degli organi di governo, ha innegabilmente rafforzato il ruolo delle Corti nel campo della tutela dei diritti (ed in particolare della Uk Supreme Court, difatti vista da alcuni come "*agent of constitutional change*"[69]). Alla luce di quanto detto, ci si potrebbe dunque chiedere se in tal modo la teorica di Coke non torni di attualità, dal momento che ai giudici risulterebbero restituiti spazi che la Gloriosa Rivoluzione sembrava aver loro definitivamente sottratto[70].

Federico Nania
Tutor presso Università degli Studi
di Roma Unitelma Sapienza
Viale Ragina Elena, 295 - 00161 Roma
federico.nania@unitelmasapienza.it

[69] Cfr. R. Masterman, J.E.K. Murkens, *Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court*, in *Public Law Review*, 10/2013, p. 810.

[70] Per l'analisi dell'influenza, sotto l'aspetto evidenziato nel testo, dello Human Rights Act sull'attuale assetto costituzionale anglo-britannico cfr. K.D. Ewing, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, 1999, in *Modern Law Review*, v. 62, 1999; D. Feldman, *The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*, in *Legal Studies*, v. 19, 1999; M. Elliott, *Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law*, in *Oxford Journals*, 2015; A. Kavanagh, *Constitutional Review under the Uk Human Rights Act*, Cambridge, 2009; V. Bogdanor, *The New British Constitution*, London, 2009, pp. 62 ss.